Das antizipierte Konstitut

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Johannes Sahm
Referendar

1928

Spezialdruckerei für Dissertationen: Dr. Hermann Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schles.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Bruck

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Abschnitt:

Das antizipierte Konstitut in Rechtslehre und Rechtsprechung.

§ 2. 1) Die Gegner 3

§ 3. 2) Die Vertreter 14

Zweiter Abschnitt:

§ 4. Rechtliche Begründung des antizipierten Konstituts . 24

Literaturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann (Berlin). (Arch. Bürg. R.)

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Berlin 1904.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. III. Tübingen 1905.

Deutsche Juristen-Zeitung. Herausgegeben von Liebmann. Berlin. (DJZ).

Draganesco, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römischem und bürgerlichem Recht, Berlin 1916.

Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, in DJZ 1904, S. 54 f.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1, Berlin 1905.

Ennecerus, Allgemeiner Teil (Bd. I, 1), 25./29. Aufl. Marburg 1926.

— Recht der Schuldverhältnisse (Bd. I, 2), 23./27. Aufl. Marburg 1927.

— Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ).

Goettelmann, Die Eigentumsübertragung nach § 930 BGB., insbesondere das antezipierte constitutum possessorium Diss. Jena 1912.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Herausgegeben von Eccius, Predari u. a. Berlin. (Gruch.).

Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Aufl. Mannheim und Leipzig 1912.

— Innengesellschaft und Innensyndikat, in Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 84, S. 459 ff.

— Der Erwerb des Sicherungseigentums an noch nicht bezahlter Ware, in Jur. Wochenschr. 1927, S. 627 ff.

Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4. Aufl., Leipzig 1878.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg. Jena.
Juristische Wochenschauschrift. Herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein. Leipzig. (JW).
Kaemmerer, Die Zuverlässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach BGB. Halle 1908.
Kohler, Vertrag und Uebergabe, in Arch. Bürg. R., Bd. 18, S. 1 ff.
— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Berlin 1919.
Kretschmar, Das Sachenrecht des BGB. Leipzig 1906.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Herausgegeben von Düringer und Jäger. Berlin, München und Leipzig. (LZ).
Lénel, Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 36, S. 1 ff.
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, in Gruchots Beiträgen, Bd. 54, S. 226 ff.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, 6. Aufl. 1912.
Oertmann, Allgemeiner Teil, Berlin 1927.
— Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1928.
Planck, (André, Brodmann, Busch, Ebbecke, Flad, Gunkel, Knoke, Lobe, Oegg, Siber, Strecker, v. Unzner), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin und Leipzig, seit 1913 im Erscheinen.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, Berlin 1899. (Prot.)
Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 50, S. 323 ff.
Recht, Rundschau für den Juristenstand. Herausgegeben von Soergel. Hannover.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig. (OLG).
Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 44, S. 393 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1908. (RGR.Komm.).
Rohde, Studien im Besitzrecht, Düsseldorf 1909.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Herausgegeben von Schütt. München und Marburg. (Seuff. A.)
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Berlin, Stuttgart und Leipzig 1916.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger, (Löwenfeld, Riezler, Kuhlenbeck, Kober, Herzfelder, Engelmann), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München und Berlin, seit 1925 im Erscheinen.

Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen, Leipzig 1911.

v. Tuhr, Verfügung über künftige Forderungen, in DJZ 1904, S. 426 ff.

— Zur Lehre von der Anweisung, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 48, S. 1 ff.

— Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1, München und Leipzig 1914.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Tübingen 1923, Bd. II 1927.

— Rechtsprechung des Reichsgerichts. Zivilsachen. Leipzig. (Warn. Rspr.).

Weber, Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, Breslau 1914.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a./M. 1906.

Wolff, Sachenrecht, 22./26. Aufl., Marburg 1927.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Stuttgart.

§ 1.

Einleitung.

Im Falle der Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen durch constitutum possessorium kann nach § 930 BGB. die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Grundsätzlich ist es dabei erforderlich, daß sich der Veräußerer im Besitze der zu übertragenden Sache befindet, gleichgültig allerdings, ob in unmittelbarem oder mittelbarem Besitze. Lebhaft umstritten ist es aber, ob, bevor der Veräußerer den Besitz erlangt hat, eine Vereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend dahin getroffen werden kann, daß das vereinbarte Rechtsverhältnis von dem Augenblick des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes in Wirksamkeit treten soll (antizipiertes Konstitut).

Diese Frage soll hier den Gegenstand der Untersuchung bilden.

Die Rechtsprechung hat — Hand in Hand mit Anregungen des Schrifttums — bei verschiedenen Erscheinungen des Rechtslebens die Eigentumsübertragung an künftig erst zu erwerbenden Sachen für rechtlich möglich erklärt.

Zu denken ist hier in erster Linie an die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande. Bei einem solchen Sicherungsübereignungsvertrage überträgt der Sicherungsgeber das Eigentum an den zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorhandenen Waren mittels Besitzkonstituts nach § 930 BGB. und an den neu anzuschaffenden Ersatzstücken mittels antizipierten Besitzkonstituts auf den Sicherungsnehmer. An den Neuanschaffungen und Ersatzstücken geht aber das Eigentum auf den Sicherungsnehmer erst in dem Augenblick über, in dem der Sicherungsgeber an diesen Sachen Besitz und Eigentum erwirbt und sie auf Grund eines im § 868 BGB. genannten Rechtsverhältnisses für den Sicherungsnehmer in Besitz nimmt.

Sodann ist hinsichtlich der Eigentumsübertragung beim Auftrag anerkannt worden, daß der Beauftragte die für den Auftraggeber anzuschaffenden Sachen dadurch auf diesen übertragen kann, daß er mit ihm ein antizipiertes Besitzkonstitut abschließt. Die Eigen-

tumsübertragung tritt dann ein, wenn der Beauftragte die Sachen erwirbt.

Ferner kann die Eigentumsübertragung beim Kommissionsgeschäft in der Weise vor sich gehen, daß der Kommittent und der Kommissionär im voraus vereinbaren, daß im Augenblick des Erwerbes einer anzuschaffenden Sache der Kommissionär den Besitz nach § 868 BGB. für den Kommittenten ausüben und dadurch das Eigentum auf diesen übertragen soll.

Endlich ist es bei der Gesellschaft denkbar, daß der geschäftsführende Gesellschafter das Eigentum an von ihm anzuschaffenden Sachen durch antizipiertes Besitzkonstitut auf die Gesellschaft überträgt.[1]

Die Stellung des Konstituenten beim antizipierten Konstitut kann in all' diesen Fällen eine verschiedene sein. Der Konstituent kann zunächst das Eigentum an den neu anzuschaffenden Sachen für sich selbst erwerben und es erst dann auf den Konstitutar übertragen, wenn er die Sachen auf Grund eines im § 868 BGB. genannten Rechtsverhältnisses in Besitz nimmt. In diesem Falle, der die Regel darstellt, ist der Konstituent Rechtsvorgänger des Konstitutars. Das antizipierte Konstitut kann aber auch in Verbindung mit der indirekten Stellvertretung auftreten (sog. „Geschäft wen es angeht"). Hier ist der Konstituent bezüglich der Eigentumsübertragung nur bloße Durchgangsperson für den dem Verkäufer unbekannten Geschäftsherrn des indirekten Stellvertreters.

Die Frage, ob die Eigentumsübertragung durch antizipiertes Konstitut zulässig ist oder nicht, spielt im Konkurse des Konstituenten eine besondere Rolle. Bejaht man die Rechtsgültigkeit des antizipierten Konstituts, so hat der Konstitutar ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) hinsichtlich der von dem Konstituenten erworbenen Sachen, während er im Falle der Verneinung nur seinen Anspruch als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen kann (§ 61 Ziff. 6 KO). Von gleicher Bedeutung ist die Frage in Interventionsprozessen (§ 771 ZPO).

---

1) Vgl. hierzu insbesondere Hoeniger, Innengesellschaft und Innensyndikat, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 84, S. 482 ff.

Erster Abschnitt:

Das antizipierte Konstitut in Rechtslehre und Rechtsprechung.

§ 2.

1. Die Gegner.

Bereits im Mittelalter wurde das Besitzkonstitut inbezug auf künftige Sachen bekämpft. So vor allem von Zasius zu fr. 3 § 2 de adq. poss.:

„Ego semper secutus sum istam opinionem expeditam, quod futura non possint possideri et constitutum in bonis praesentibus et futuris non valeat quod futura.“[1]

Auch seit dem Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die Zulässigkeit des antizipierten Konstituts von einigen Schriftstellern bestritten worden.

a) So nimmt Leonhard[2] an, daß zur Eigentumsübertragung zwischen einem Auftraggeber und einem Beauftragten, der von einem Dritten eine Sache erwerben soll, nicht der bloße Auftrag genüge, sondern daß noch eine besondere neue Abrede hinzukommen müsse. Denn schon die Eigentumsübertragung im römisch-gemeinen Rechte setze voraus, daß der Veräußerer zur Zeit der Einigung schon Besitzer der Sache sei. Nicht anders verhalte es sich im Bürgerlichen Gesetzbuch mit der Uebertragung des Eigentums nach § 930. Dafür spreche schon der Wortlaut dieser Vorschrift; noch mehr aber die Erwägung, daß nur der augenblickliche Besitzer in der Lage sei, einen anderen zum mittelbaren Besitzer zu machen. Denn die in § 930 BGB. geregelte Erwerbsart enthalte ebenso die Verschaffung des Besitzes, wie die Uebergabe nach § 929 BGB. Deshalb erfordern beide Formen, daß der Veräußerer zur Zeit der Uebertragung die tatsächliche Gewalt habe. Eine antizipierte Vereinbarung des noch nicht besitzenden Mittlers sei daher noch keineswegs eine dingliche Erfüllung, sondern erst ein bloßes persönliches Versprechen. Es müsse vielmehr noch eine selbständige zweite Ueber-

1) Vgl. Kohler, Vertrag und Uebergabe, in Arch.Bürg.R. Bd. 18 S. 103.
2) Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 46 f.

tragung durch den Mittler an den Geschäftsherrn hinzukommen. Nicht etwa deshalb, weil die Einigung nicht auch im voraus geschlossen werden könnte, wohl aber weil nur Besitz verschaffen kann, wer selbst eine Herrschaft über die Sache ausübe.

Leonhard ist zunächst zuzugeben, daß nicht in jedem Auftrage zum Erwerbe einer Sache ein antizipiertes Besitzkonstitut zu erblicken ist, sondern nur dann, wenn die Parteien wenigstens stillschweigend vereinbart hatten, daß das Eigentum beim Erwerbe der Sache durch den Beauftragten auf den Auftraggeber übergehen soll.[3] Sodann ist auch der Haupteinwand Leonhards an sich ganz richtig, daß nur mittelbaren Besitz übertragen könne, wer selbst im Besitze der Sache sei. Mit diesem Satze läßt sich aber das antizipierte Konstitut nicht widerlegen. Denn bei diesem geht der mittelbare Besitz auch erst auf den Konstitutar über, wenn der Konstituent seinerseits Besitz erlangt hat. Es handelt sich aber hier nur um die Frage, ob die Entstehung des mittelbaren Besitzes zeitlich hinausgeschoben werden kann. Auch der Wortlaut des § 930 BGB. läßt sich nicht gegen die Möglichkeit des antizipierten Konstituts anführen, weil der Gesetzgeber hier offenbar nur den nächstliegenden Fall im Auge hat, daß nämlich der Verfügende bereits im Besitze der Sache ist, während er für den Fall, daß dem Verfügenden der Besitz fehlt, auf die Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. verweist. Der Wortlaut des § 930 BGB. kann jedoch nur den Sinn haben, daß der Eigentumserwerb durch antizipiertes Konstitut erst in dem Zeitpunkte wirksam wird, in dem der Konstituent selbst den Besitz erlangt.[4]

b) Aehnlich wie Leonhard hält auch L e n e l[5] das antizipierte Konstitut für unwirksam. Er sagt, daß der, der auf Grund eines auf ihn selbst bezüglichen Kausalverhältnisses Besitz und Eigentum erwerbe, es in der Regel auch dann, wenn er den Besitz im Auftrage und im Interesse eines anderen erlange, für sich selbst erwerbe. Die bloße Tatsache, daß der Erwerber als Beauftragter eines anderen erworben habe, könne dabei nicht ins Gewicht fallen, nicht etwa deshalb nicht, weil doch auch ein Beauftragter ein Interesse daran haben könne, an dem Gegenstand der auftragsgemäßen Anschaffung zunächst selber Besitz und Eigentum zu erwerben, sondern

3) Ebenso Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, in Gruchots Beiträgen, Bd. 54 S. 243.

4) So auch v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 48 Seite 47.

5) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 36 S. 67 ff.

deshalb, weil ein Auftrag, wie auch jedes andere Schuldverhältnis, den Beauftragten dem Auftraggeber gegenüber nur relativ binde, nicht aber die Erwerbsfreiheit des Beauftragten nach außen hin, d. h. absolut einzuschränken vermöge. Der Auftrag bewirke, daß der Beauftragte die in Ausführung des Auftrages angeschaffte Sache dem Auftraggeber ausliefern müsse, aber er könne nimmermehr zur Folge haben, daß der Beauftragte die nach außen hin offenkundig für sich selbst erworbene Sache dennoch nicht für sich selbst erwerbe. Wie richtig dies sei, ergebe sich am klarsten daraus, wenn man die Möglichkeit in Erwägung ziehe, daß der Beauftragte den gleichen Auftrag sehr wohl von mehreren erhalten haben könne. Wenn z. B. ein Kommissionär von A. und B., von jedem besonders, den Auftrag erhalten hätte, ein und dieselbe Sache zu kaufen, sich im voraus von jedem die Sache leihen lasse, und nun jene Sache wirklich einmal gekauft hätte, dann könne wegen der unlösbaren Schwierigkeiten nur der Kommissionär selbst Eigentum an der angeschafften Sache erwerben. Denn man könne auf den inneren Willen des Kommissionärs nicht zurückgehen, weil dieser in solchen Fällen mit sich selbst nicht im Klaren sei, für wen er erwerben wolle, und wenn er es auch wäre, könne es wegen seiner gleichen Verpflichtung allen gegenüber darauf nicht ankommen.

Das Gesagte gelte nicht bloß für den Auftrag; es gelte von jeder schuldrechtlichen Vereinbarung, die darauf hinausliefe, daß der Schuldner, der den Besitz erst noch erwerben solle, sich verpflichte, diesen künftigen Besitz nomine alieno auszuüben. Das constitutum possessorium könne nicht antizipiert werden. Der Käufer eines Hauses, das er vor seinem eigenen Erwerbe an einen Dritten weiterverkaufe und es von diesem zurückmiete, werde durch die Tradition gleichwohl Eigenbesitzer und nicht bloßer Besitzmittler. Ebenso verhalte es sich mit dem Einkaufskommissionär, der im eigenen Namen gekauft habe, sollten auch die Parteien vor dem Besitzerwerb dahin übereingekommen sein, daß er die angeschaffte Sache leihweise oder verwahrungshalber besitzen solle. Beide hätten freilich die Verpflichtung übernommen, sich vom Augenblick des Besitzerwerbes als bloße Besitzmittler zu verhalten. Aber eine solche für die Zukunft übernommene Verpflichtung sei nicht in der Lage, die wirkliche Tradition zu ersetzen.

Man dürfe das eigentliche constitutum possessorium nicht dem antizipierten gleichstellen. Denn dort schließe jemand, der schon Eigenbesitzer sei, ein Rechtsgeschäft ab, wodurch er aus einem Eigenbesitzer zu einem Besitzmittler eines anderen werde. Breche nun

auch später der jetzige Besitzmittler seine Verpflichtung, so könne er das Geschehene nicht mehr ungeschehen machen. Beim antizipierten Konstitut habe aber die im voraus übernommene obligatorische Verpflichtung nicht die Kraft in sich, den rechtlichen Charakter des erst noch zu begründenden Besitzverhältnisses festzulegen. Denn das wäre dingliche, nicht mehr bloße obligatorische Wirkung. Letzten Endes müsse aber die Unlösbarkeit von Fällen, bei denen ein solches antizipiertes Konstitut mehrfach abgeschlossen sei, zur Verneinung der rechtlichen Wirksamkeit führen.

Die Ausführungen Lenels beruhen auf dem Irrtum, daß das antizipierte Konstitut nicht genügend scharf von dem Kausalverhältnis getrennt und sogar als ein obligatorisches Rechtsgeschäft angesehen wird. Wenn allerdings die Begriffe in der Weise miteinander vertauscht werden, dann bleibt der Weg zum richtigen Verständnis dieses Geschäfts verschlossen.[6] Das antizipierte Konstitut besteht in der Vereinbarung, daß das mittelbaren Besitz verschaffende Rechtsverhältnis in Wirksamkeit treten soll, wenn der Konstituent den Besitz der anzuschaffenden Sache ergriffen hat. Hinzu kommt dann die in die Zukunft wirkende Einigung über den Eigentumsübergang, die allerdings noch zur Zeit der Besitzergreifung durch den Konstituenten vorhanden sein muß. Dieses Geschäft hat aber dinglichen Charakter. Die dieses Erkenntnis leugnenden Ausführungen Lenels sind daher nicht geeignet, das antizipierte Besitzkonstitut als rechtsunwirksam erscheinen zu lassen.

Auch die Schwierigkeiten, die Lenel in den Fällen mehrfachen Abschlusses des antizipierten Konstituts erblickt, sind nicht unlösbar. In dem von Lenel gesetzten Falle hat X zunächst mit A, dann mit B. ein antizipiertes Konstitut abgeschlossen. Erwirbt darauf X die Sachen, so wird die erste, zugunsten des A. erfolgte Verfügung wirksam, da X als Nichtberechtigter über eine Sache verfügt hat, und in diesem Falle gemäß § 185 Abs. 2 BGB. mit dem Erwerbe der Sachen die erste Verfügung wirksam wird. Uebergibt aber in der Folge X die Sachen dem B, dann erwirbt B nach § 932 BGB. Eigentum, während A es verliert.[7]

c) Gegen die rechtliche Möglichkeit des antizipierten Besitzkonstituts hat sich ferner K o h l e r[8] ausgesprochen. Er meint, daß ein dinglicher Vertrag nur bezüglich gegenwärtiger, nicht bezüglich zukünftig zu erwerbender Sachen abgeschlossen werden könne. Man

6) Vgl. Enneccerus, Allg. Teil, § 167 Anm. 5.
7) Ebenso v. Tuhr, a.a.O. S. 49.
8) Kohler, Vertrag und Uebergabe, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 18, S. 102 ff.; derselbe Lehrbuch, II. Bd., § 80, S. 224 ff.

könne nicht bestimmen, daß das, was A künftig erwerben werde, sofort in das Eigentum des B fallen solle. Denn das wäre ein „Seelenverkäufergeschäft“, eine freiwillige Unterwerfung der Erwerbstätigkeit des A zugunsten des B und eine Unterwerfung nicht bloß im Sinne einer Verpflichtung, sondern einer Unterwerfung ohne künftiges Zutun der Persönlichkeit, eine Unterwerfung von selbst kraft Rechtsatzes. Die Persönlichkeit brauche sich nicht mehr dem anderen erst zum Opfer zu bringen, sie wäre, wie ein Sklave, Erwerbsinstrument für einen anderen. Genau dasselbe wäre es, wie wenn die Persönlichkeit dazu verdammt wäre, der notwendige Repräsentant eines anderen zu sein, so daß alles, was sie erwerbe, einem anderen zufallen müsse. Unter dem Traditionssystem wäre eine solche Ausgeburt, eine Uebertragung der Sache in die Zukunft nicht zu befürchten gewesen. Das Eigentum könne erst durch den Besitz übergehen und Besitz künftigen Erwerbes könne nicht übertragen werden. Man könne sich nur obligatorisch zur Uebertragung des Besitzes verpflichten. Das Faktum des Besitzes lasse sich aber nicht meistern. Das Gleiche gelte auch, wenn man das constitutum possessorium vom Besitzstandpunkt aus betrachte: Man könne im Namen eines anderen erst Besitz erwerben, sobald man selbst Besitz habe. Vorher könne man sich nur obligatorisch dazu verpflichten, dies künftig zu tun.

Die Ansicht Kohlers, daß das antizipierte Konstitut deswegen unwirksam sei, weil der Veräußerer seine ganze Erwerbstätigkeit dem Erwerber unterwerfe, läßt sich nicht halten. Denn in den wenigsten Fällen werden sich die Wirkungen des Geschäfts soweit erstrecken, daß der Konstituent seine volle wirtschaftliche Freiheit dem Konstitutar gegenüber aufgibt. Man denke nur daran, daß sich das antizipierte Konstitut auf eine einzelne Sache beziehen kann. Dann wird man wohl schwerlich sagen können, ein solches Geschäft sei unwirksam, weil es dem Veräußerer seine wirtschaftliche Selbständigkeit nehme. Allerdings ist Kohler zuzugeben, daß mit Hilfe des antizipierten Besitzkonstituts Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können, durch die der Konstituent dem Konstitutar seine Persönlichkeit zum Opfer bringen und ihm seine Erwerbstätigkeit vollständig unterwerfen würde. Solche Geschäfte würden jedoch gegen das „Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden“ verstoßen und nach § 138 BGB. nichtig sein. Von diesen seltenen Ausnahmefällen kann aber nicht die Unwirksamkeit des antizipierten Konstituts überhaupt hergeleitet werden.

d) W o l f f[9] ist der Meinung, daß es ein antizipiertes Konstitut nicht geben könne, weil die Einigung über den Eigentumsübergang, die der Uebergabe oder ihren Surrogaten vorausgehe, unwirksam sei; denn es genüge nicht, daß sich die Vertragsparteien früher einmal geeinigt hätten.

Wolffs Angriffe sind insofern ungenau, als sie sich nicht unmittelbar gegen das antizipierte Besitzkonstitut als solches, sondern gegen die mit diesem verbundene, in die Zukunft wirkende Einigung richten. Es ist an sich richtig, daß eine der Uebergabe oder ihren Surrogaten vorausgegangene Einigung zu einer wirksamen Eigentumsübertragung nicht genügen kann.[10] Deshalb kann auch beim antizipierten Konstitut der Konstitutar nicht Eigentümer werden, wenn der Konstituent zur Zeit der Besitzerlangung der anzuschaffenden Sachen nicht mehr will, daß das Eigentum auf den Konstitutar übergehe. Etwas anderes ist es aber, wenn der Konstituent noch bei Besitzerlangung den Uebereignungswillen hat. Dann wird man den Eigentumsübergang annehmen müssen; denn die nach § 929 BGB. erforderliche Einigung und das nach § 930 BGB. notwendige Uebergabesurrogat sind nun vorhanden. Das Reichsgericht geht sogar soweit, daß es den Eigentumsübergang beim antizipierten Konstitut nur gelten läßt, wenn der Uebereignungswille durch eine Handlung des Konstituenten äußerlich in die Erscheinung getreten ist.

e) H o e n i g e r[11] betrachtet das antizipierte Konstitut, das er ablehnt, im Zusammenhange mit der Sicherungsübereignung von Warenlagern. Seine Angriffe richten sich insbesondere gegen die das antizipierte Konstitut anerkennende Rechtsprechung des Reichsgerichts, die er etwa so wiedergibt: Ein vor dem Sacherwerb vereinbartes Konstitut über die zu erwerbenden Sachen habe die Wirkung, daß diese Sachen mit dem Erwerbe ipso iure Eigentum des anderen Teils des Konstitutsvertrages würden. Ein vorausgegangenes Konstitut übertrage also bei eintretendem Eigentumserwerb des Konstituenten automatisch sofort wieder dieses Eigentum auf den Konstitutar. Dieses Besitzkonstitut vollziehe sich durch die Erwerbshandlung von selbst.

An diese Sätze knüpft dann Hoeniger folgende Bemerkungen: Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts erwerbe also der Kon-

9) Wolff, Sachenrecht, § 67 I 2.

10) So auch das Reichsgericht in RGZ. Bd. 83 S. 230.

11) Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, S. 111 ff.; derselbe, Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware, in JW. 1927 S. 628; derselbe, Innengesellschaft und Innensyndikat, in der Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 84, S. 482 ff.

stituent zwar im eigenen Namen und daher zunächst für sich Eigentum. Durch denselben Akt aber, durch den er Eigentümer geworden sei, verliere er das Eigentum zugleich wieder. Verlust und Erwerb des Eigentums in ein und demselben Akte sei ein in sich unlösbarer Widerspruch. Ergebnis dieser Konstruktion des Reichsgerichts sei also, daß der Schuldner zwar für sich Eigentum erwerben und von sich aus weiter übertragen würde, daß er selbst aber nicht den Bruchteil einer Sekunde Eigentümer geworden sei. Ein Eigentumserwerb, der mit Notwendigkeit den gleichzeitig mit dem Erwerbe sich vollziehenden Verlust desselben in sich schließe, sei eben in Wirklichkeit kein Eigentumserwerb. Uno actu vor sich gehender Erwerb und Verlust des Eigentums für ein und dieselbe Person heben sich auf. Es scheide deshalb der im eigenen Namen Erwerbende als bloße Mittelsperson vollkommen aus. Daher finde in Wahrheit ein unmittelbarer Erwerb eines indirekt Vertretenen statt. Das antizipierte Konstitut sei nichts anderes als indirekte Stellvertreung mit direkter Wirkung. Dies könne die widerspruchsvolle und inhaltsleere Begriffskonstruktion des Reichsgerichts nicht verdecken, die dem Konstituenten zwar Eigentum gebe, aber in demselben Augenblick wieder nehme, die ihn in der Tat niemals zum Eigentümer mache und ihn dennoch dieses nie erworbene Eigentum durch constitutum possessorium weiter übertragen lasse.

Wie man auch den Vorgang, daß vom Schuldner im eigenen Namen angeschaffte Ersatzstücke unmittelbar auf einen nicht genannten Sicherungsnehmer übergehen, konstruieren wolle, direkte Wirkung der indirekten Stellvertretung bleibe es doch. Man könne dies mit keinem Mittel wegdeuten. Diese Tatsache könne man auch nicht aus der Welt schaffen, wenn man davor, obwohl es offensichtlich sei, die Augen verschließe und sich mit ihr nicht auseinandersetze. Noch niemand habe es bisher bewiesen, daß die Konstruktionen mit dem antizipierten Konstitut nicht gegen § 164 Abs. 2 BGB. verstoßen.

Wenn das Reichsgericht an seiner Ansicht, daß das antizipierte Konstitut rechtlich zulässig sei, weiter festhalte, so erkenne es eben einfach die indirekte Stellvertretung mit direkter Wirkung beim Eigentumserwerbe an. Damit würde es bei einem zweifellosen Rechtsgeschäfte die Anwendung des § 164 Abs. 2 BGB. ausschließen. Dann müßte sich aber wenigstens das Reichsgericht dazu bekennen, daß dies contra legem geschehe. Schwerwiegende Gründe müßte es dafür vorbringen, daß es sich vom Gesetze entferne. Würde

das Reichsgericht die indirekte Stellvertretung beim Eigentumserwerbe offen anerkennen, so wäre dies immerhin noch erträglich. Bedenklich und unwürdig sei dagegen die Erreichung des gleichen Ergebnisses mittels widerspruchsvoller Begriffskonstruktionen.

Außerdem werde einen unmittelbaren Eigentumserwerb von einer im eigenen Namen auftretenden Mittelsperson auf einen ungenannten und unerkennbaren Dritten das Verkehrsleben auf die Dauer sicherlich nicht ertragen. Man möge es doch einmal einem Lieferanten klar zu machen versuchen, wenn er die Waren seinem Abnehmer übereigne und auch nur ihm übereignen wolle, daß dann trotzdem das Eigentum mit diesem seinen Uebereignungsakte von selbst auf einen ihm nicht erkennbaren Gläubiger seines Kunden übergehe.

Geradezu ungeheuerlich als unabweisbare Folge der mittels antizipierten Konstituts konstruieren direkt wirkenden indirekten Stellvertretung sei folgendes: Selbst wenn der Uebereignende den Uebergang an eine dritte Person nach ausdrücklicher Erklärung nicht wolle, selbst wenn er etwa dem in eigenem Namen Erwerbenden eine obligatorische Verfügungsbeschränkung (§ 137 Satz 2 BGB.) auferlegt habe, dann würde trotzdem der unerkennbare Dritte unmittelbar erwerben. Dies würde sein entgegenstehender Wille nicht ändern; denn nach jener Begriffskonstruktion vollziehe sich der Erwerb des Dritten auf Grund seiner Vereinbarung mit dem Mittler, also ganz unabhängig von dem Willen des Lieferanten. Die obligatorische Verfügungsbeschränkung habe keine dingliche Wirkung (§ 137 Satz 1 BGB.) Durch den Uebereignungsakt von der Mittelperson an den Dritten würde sie gebrochen werden.

Dem antizipierten Konstitut wohne daher eine noch viel stärkere Wirkung inne als der unmittelbar wirkenden indirekten Stellvertretung. Diese würde doch wenigstens dann gehindert werden, wenn der ausdrückliche Wille des Uebereignenden entgegenstehe. Das werde auch von den Anhängern der unmittelbar wirkenden indirekten Stellvertretung anerkannt. Nach der Ansicht dieser könne nämlich der unmittelbare Eigentumserwerb bei der indirekten Stellvertretung nur dann vor sich gehen, wenn der Uebereignende kein besonderes Interesse an einem bestimmten Empfänger habe.

Das antizipierte Konstitut sei ein geradezu ideales Mittel für Schiebungen und Strohmannsgeschäfte. Leicht sei es, damit Geschäftsformen zustande zu bringen, die das Ergötzen eines jeden Schiebers wären. Der Schieber, der sein gegenwärtiges Vermögen bereits auf den Strohmann übertragen habe, könne es mittels des

antizipierten Konstituts auf das leichteste erreichen, daß auch jeder künftige Erwerb unmittelbar an den Strohmann fließe. Wenn auch sein Gläubiger noch sehr acht haben würde auf jeden Erwerb, den dieser Schieber in eigenem Namen mache, um sofort zuzugreifen, sein Zugriff werde jedesmal ergebnislos sein. Voll Hohn werde der scheinbare Biedermann, der alle Geschäfte auf seinen eigenen Namen schließe und niemals einen Strohmann vorschiebe, den Gläubiger darauf hinweisen, daß ihn die Rechtsprechung ja selbst den Weg gewiesen habe, trotz Handelns im eigenen Namen allen Erwerb auf den gar nicht auftretenden Strohmann zu schieben. Nur ein Stümper der Schiebekunst werde noch einen Strohmann vorschieben, d. h. für sich handeln lassen. Das antizipierte Konstitut vertausche die Rollen: Der Schieber handle stolz im eigenen Namen, der Strohmann bleibe in Deckung.

Deshalb müsse das antizipierte Konstitut im Verkehrsleben verhängnisvoll wirken. Es sei deshalb erfreulich, daß es offenkundig gegen das Gesetz, gegen § 164 Abs. 2 BGB., verstoße, daß es also nicht anerkannt zu werden brauche. Gesetzliche Regelung und Erfordernisse des Verkehrsleben ständen im erfreulichen Einklang. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts verkenne beide.

Hinsichtlich der Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wachsendem Bestande lasse sich nur eine obligatorische Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründen.

Die Gründe, die Hoeniger gegen das antizipierte Konstitut anführt, sind nicht geeignet, dieses zu widerlegen. Was zunächst seinen Einwand anlangt, der das antizipierte Konstitut der indirekten Stellvertretung gleichstellt, so ist ihm zuzugeben, daß das antizipierte Konstitut in Verbindung mit der indirekten Stellvertretung auftreten kann. In diesem Falle geht das Eigentum auch unmittelbar von dem Veräußerer auf die hinter dem Mittler stehende Person über; der Mittler ist gewissermaßen nur Durchgangsperson. Der Dritte ist dann nicht Rechtsnachfolger des Mittlers, sondern des Veräußerers. Der Eigentumserwerb wird hier in der Weise konstruiert, daß man die gemäß § 929 BGB. notwendige Einigung, die sozusagen durch die Mittelsperson hindurch unmittelbar zwischen dem Veräußerer und dem ihm unbekannten Erwerber zustande kommt, in dem mangelnden Interesse des Veräußerers an einem bestimmten Empfänger erblickt; das nach § 930 BGB. erforderliche Uebergabesurrogat sieht man dabei dadurch als vollzogen an, daß der indirekte Stellvertreter die ihm übergebene Sache sofort auf Grund eines der im § 868 BGB. genannten Rechtsverhältnisse in

Besitz nimmt, was von vornherein vorgesehen war (antizipiertes Konstitut). Abgesehen von diesem Anwendungsfalle hat das Reichsgericht das antizipierte Konstitut auch dann für zulässig angesehen, wenn kein Vertretungsverhältnis vorliegt oder wenn der Veräußerer bei Vorliegen eines solchen das Eigentum auf die Mittelsperson überträgt. In diesem Falle ist der Dritterwerber nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers, sondern der Mittelsperson (des Konstituenten). Hier vollzieht sich der Eigentumsübergang in der Weise, daß der Konstituent neben dem antizipierten Konstitut den bei dessen Abschluß schon geäußerten Uebereignungswillen bei Besitzerwerb nochmals durch eine Handlung äußerlich in die Erscheinung treten läßt. Letzteres ist deshalb erforderlich, weil eine vorweggenommene Einigung nicht derart in die Zukunft wirken kann, daß die Parteien daran gebunden sind und der zur Zeit der Besitzergreifung noch erforderliche Uebereignungswille deshalb bewiesen werden muß. Diese beiden vom Reichsgericht anerkannten Anwendungsmöglichkeiten des antizipierten Konstituts hält Hoeniger nicht genügend scharf auseinander und kommt dann schließlich zu der Behauptung, daß antizipiertes Konstitut und indirekte Stellvertretung dasselbe seien. Gegen Hoeniger spricht zunächst der Umstand, daß das antizipierte Konstitut in Fällen denkbar ist, in denen es eine indirekte Stellvertretung gar nicht geben kann. Man stelle sich vor Augen, daß das antizipierte Konstitut mit einem Jagdberechtigten über das von ihm zu erjagende Wild oder mit einem Nießbraucher über die von ihm zu ziehenden Früchte vereinbart sein kann. Hier ist wohl das antizipierte Konstitut möglich, nicht aber die indirekte Stellvertretung, weil ein Partner, dem gegenüber der Konstitutar vertreten werden könnte, gar nicht vorhanden ist. Deshalb kann antizipiertes Konstitut und indirekte Stellvertretung nicht dasselbe sein. Ferner und überhaupt ergibt sich die Unrichtigkeit der Ansicht Hoeningers daraus, daß das antizipierte Konstitut ein dingliches Geschäft ist, während die indirekte Stellvertretung auf einem obligatorischen Rechtsverhältnis (in der Hauptsache auf einem Auftrag) beruht.

Wenn aber das antizipierte Konstitut nicht der indirekten Stellvertretung gleichzusetzen ist, so braucht auf den zweiten Einwand Hoenigers, daß das antizipierte Konstitut gegen § 164 Abs. 2 BGB. verstoße, da diese Vorschrift unter der Ueberschrift „Vertretung“ steht, nicht erst eingegangen zu werden.

Weiter wendet Hoeniger gegen das antizipierte Konstitut ein, es sei ein unlöslicher Widerspruch, daß der Konstituent nach der

Rechtsprechung des Reichsgerichts für sich zwar Eigentum erwerbe und von sich aus auch weiter übertrage, obwohl er selbst nicht den Bruchteil einer Sekunde Eigentümer geworden sei. Hoeniger übersieht hierbei, daß das Reichsgericht zum wirksamen Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Handlung des Konstituenten, die auf den Uebertragungswillen schließen läßt, verlangt. Da nun in den meisten Fällen zwischen der Besitzerlangung und der äußerlich in die Erscheinung tretenden, den Uebereignungswillen des Konstituenten bezeugenden Handlung ein längerer Zeitraum als der Bruchteil einer Sekunde zu liegen pflegt und der Konstituent in dieser Zwischenzeit Eigentümer ist, so ergibt sich ohne weiteres, daß der Einwand nicht stichhaltig ist. Selbst wenn auch zwischen der Besitzerlangung und der äußeren Bekundung des Uebereignungswillens vonseiten des Konstituenten nur ganz kurze Zeit liegen sollte, ist die Konstruktion des Reichsgerichts nicht widerspruchsvoll, weil das Bürgerliche Gesetzbuch beim Eigentumsübergang von einer Hand in die andere nicht verlangt, daß die zu übereignende Sache eine bestimmte Zeit in der Hand des einen gewesen ist, ehe sie rechtsgültig auf einen anderen übertragen werden kann.

Hoeniger führt sodann als weiteren Grund gegen die Zulässigkeit des antizipierten Konstituts den Umstand an, daß bei dessen Annahme der Konstitutar selbst dann Eigentum erwerben würde, wenn der Veräußerer dem Konstitutar eine obligatorische Verfügungsbeschränkung (§ 137 Satz 2 BGB.) auferlegt hätte. Diese Folge ergibt sich aber nicht so sehr aus dem antizipierten Konstitut, als aus der Tatsache, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot keine dingliche Wirkung beilegt (§ 137 Satz 1 BGB.).

Endlich hält Hoeniger das antizipierte Konstitut deswegen für unzulässig, weil es ein geradezu ideales Mittel für Schiebungen und Strohmannsgeschäfte sei. Dieser Einwand könnte nur dann mit Erfolg als Grund gegen das antizipierte Konstitut angeführt werden, wenn man Geschäfte, bei denen ein Schieber seinen ganzen zukünftigen Erwerb mittels des antizipierten Konstituts auf einen Strohmann überträgt, um seinen Gläubigern den Zugriff zu verwehren, als rechtsgültig behandeln müßte. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[12] der Erwerb durch eine vorgeschobene Person (Strohmann) an sich noch kein Scheingeschäft; denn der Strohmann soll ja durch ernstliche Willenserklärungen erwerben,

12) Vgl. RGZ. Bd. 84 S. 304, Bd. 81 S. 41, Bd. 69, S. 46; RGRKomm. zu § 117 Bem. 1. Siehe auch Enneccerus, Allg. Teil, § 156 Anm. 7.

nur soll er das Erworbene als Eigentum seines Hintermannes betrachten. Anders verhält es sich aber, wenn der Strohmann wie in dem von Hoeniger gesetzten Falle im Hintergrunde bleibt. Nun sind in der Tat die Willenserklärungen, die das antizipierte Konstitut zwischen dem Schieber und seinem Strohmann begründen sollen, nur zum Schein abgegeben (§ 117 Abs. 1 BGB.), nämlich nur zu dem Zweck, um die Gläubiger über die Vermögensverhältnisse des Schiebers zu täuschen. Durch das simulierte Geschäft wird auch hier kein anderes Geschäft verdeckt (§ 117 Abs. 2 BGB.), so daß man etwa aus diesem Grunde die Wirksamkeit der Uebertragung des künftigen Erwerbes durch antizipiertes Konstitut auf den Strohmann anerkennen müßte. Wenn aber solche Fälle, wie sie Hoeniger angibt, gegen § 117 BGB. verstoßen und deshalb ohne weiteres nichtig sind, so kann damit nichts gegen das antizipierte Konstitut bewiesen werden.

f) Die gleichen oder ähnlichen Bedenken gegen das antizipierte Konstitut wie Leonhard, Lenel, Kohler, Wolff und Hoeniger haben auch Planck-Brodmann[13], Regelsberger[14], Przibilla[15], Kretzschmar[16], Draganesco[17], W. Weber[18] und Kaemmerer[19].

§ 3.

2. Die Vertreter.

Die herrschende Ansicht steht auf dem Standpunkt, daß das antizipierte Konstitut rechtswirksam ist.

a) Insbesonder ist diese Meinung auch in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht vertreten worden. Zum ersten Male seit dem Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches[1] hat sich das Reichsgericht in dem Urteile vom 24. November 1903[2] für das antizipierte Konstitut ausgesprochen. In dieser Entscheidung handelt es sich um eine Interventionsklage (§ 771 ZPO.). Der Kläger widersprach der Zwangsvollstreckung in die Sachen, die der Beklagte behufs Vollziehung eines von ihm gegen M. erwirkten Arrestbefehls hatte pfän-

13) Planck-Brodmmann zu § 930 Bem. 5.

14) Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Iherings Jahrbüchern Bd. 44, S. 393 ff.

15) Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Iherings Jahrbüchern, Bd 50, S. 323 ff.

16) Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zu § 930 Bem. 6.

17) Draganesco, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach röm. und bürgl. Recht, S. 95 Bem. 322.

18) Weber, Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, S. 47.

19) Kaemmerer, Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb, S. 182, 83.

1) Für das gemeine Recht hatte das Reichsgericht das antizipierte Konstitut schon in RGZ. Bd. 30 S. 141 ff. bejaht.

2) RGZ. Bd. 56 S. 52 ff.

den lassen. Der Kläger behauptete zur Begründung des Anspruchs, daß er Eigentümer der fraglichen Sachen durch den Vertrag vom 4. Juni 1901 geworden sei, in dem ihm M. die Sachen verkauft, er sie diesem aber vermietet habe. Die Sachen hatte M. seinerseits am 3. Juni 1901 von dem Beklagten gekauft, der auf ein Verzeichnis der Sachen folgende Erklärung gesetzt hatte: „Vorstehendes Inventar hat Herr Robert M. am heutigen Tage käuflich von mir erworben und ist dasselbe sein unbeschränktes Eigentum.“ Die Sachen wurden M. aber erst am 12. September 1901 übergeben. Das Landgericht lehnte den Eigentumserwerb des Klägers ab, das Oberlandesgericht erkannte ihn an.

Das Reichsgericht erkannte den mit der Revision geltend gemachten Angriff für erheblich, daß M. nur als mittelbarer Besitzer den Kläger am 4. Juni 1901 nach § 930 BGB. hätte zum Besitzer machen können. Eine spätere Willenserklärung im Sinne einer Besitzeinräumung, etwa vom 12. September 1901 sei nicht behauptet. Auch könne der Besitzübertragungswille vom 4. Juni 1901 als fortwirkend für die spätere Zeit nicht in Betracht kommen. Weiter führt das Reichsgericht aus: Wenn auch M. infolge der in der Erklärung des Beklagten vom 3. Juni 1901 zu findenden Einwilligung über die fraglichen Sachen wirksam verfügen konnte (§ 185 Abs. 1 BGB.), so habe er sie doch nicht nach § 930 BGB. veräußern können, weil er sich nicht in ihrem Besitz befunden habe. Damit sei es allerdings nicht ausgeschlossen, daß der auf die Eigentumsübertragung gerichtete Akt vom 4. Juni 1901 diese Wirkung s p ä t e r hervorgerufen habe, w e n n der Kläger und M., ausdrücklich oder stillschweigend v e r e i n b a r t hätten, daß v o n d e m A u g e n b l i c k d e s d e m n ä c h s t z u e r w a r t e n d e n B e s i t z e r w e r b e s seitens des M. an dieser den Besitz als Mieter des Klägers ausüben sollte, und wenn dieser Vereinbarung entsprochen wäre. Daß ohne die erwähnte Vereinbarung in dem Zeitpunkt des späteren Besitzerwerbes seitens des M. der Eigentumsübergang auf den Kläger als sich von selbst ergebende Nachwirkung des Vertrages vom 4. Juni 1901 eintrete, sei der angezogenen Gesetzesbestimmung gegenüber nicht anzunehmen.

Was es bedeutet, wenn das Reichsgericht verlangt, daß der „Vereinbarung entsprochen“ werde, ergibt sich aus späteren Entscheidungen. Darunter ist nicht etwa zu verstehen, daß der Konstituent nach Besitzerlangung nochmals seinen Besitzübertragungswillen dem Konstitutar gegenüber erklärt, es genügt vielmehr, wenn er seinen Uebertragungswillen äußerlich in die Erscheinung treten läßt.

In dem Urteil vom 15. Juni 1911[3] behandelt das Reichsgericht das antizipierte Konstitut im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestande. Der Tatbestand war folgender: H. hatte dem Kläger zur Sicherung von Forderungen sein Warenlager übereignet (durch den Vertrag vom 1. April 1909). Die Uebergabe war dadurch ersetzt worden, daß H. das Warenlager für den Kläger in Verwahrung nahm. Gleichzeitig war vereinbart, daß auch die neu anzuschaffenden Ersatzwaren Eigentum des Klägers werden. Auch diese sollte H. für den Kläger verwahren. H. fiel in Konkurs. Der Kläger verlangt nun Aussonderung des Warenlagers einschließlich der Ersatzwaren.

Das Reichsgericht gibt der Klage statt mit folgender Begründung: Eine im voraus getroffene Vereinbarung, die dahin gehe, daß im Augenblick des Besitzerwerbes an einer noch anzuschaffenden Sache der Erwerber den Besitz auf Grund eines im § 868 BGB. bestimmten Rechtsverhältnisses ausüben und auf diese Weise das Eigentum an dem neu erworbenen Gegenstande dem Vertragsgegner übertragen solle, sei rechtswirksam. Die beabsichtigte Wirkung des Eigentumsüberganges trete in dem Augenblick ein, in dem der Erwerber dieser Vereinbarung gemäß handele. Wenn ein für lange Zeit bestimmtes, dem § 868 BGB. entsprechendes Rechtsverhältnis an einer dem Wechsel notwendig unterliegenden Sachgesamtheit vereinbart worden sei, so könne nicht gefordert werden, daß bei jeder Neuanschaffung von neuem ein constitutum possessorium abgeschlossen werde. Es müsse vielmehr genügen, wenn der Konstituent den Willen, die einzelnen neuangeschafften Sachen auf Grund des bestehenden Rechtsverhältnisses als Eigentum des Konstitutars zu besitzen, erkennbar zutage treten lasse. Die erwähnte Feststellung der Absicht der Vertragsparteien, Eigentum zu erwerben und zu übertragen, sei unbedenklich nicht auf die Uebereignung der vorhandenen Waren zu beschränken, sondern gelte auch für die Ersatzwaren. Durch die Einigung über den Eigentumsübergang allein sei allerdings der Vertragszweck aber weder bei den vorhandenen noch bei den Ersatzwaren zu erreichen. Es müsse noch die Uebergabe hinzutreten. Sie könne hier, da H. im unmittelbaren Besitze der Waren bleiben solle, nur durch Ersatzübergabe nach § 930 BGB. erfolgen. Für beide Arten von Waren sei dasselbe Rechtsverhältnis (Verwahrung) vereinbart, mit der Berechtigung, zum Betriebe des Geschäfts Waren zu verkaufen, und mit der Verpflichtung, die entnommenen Waren durch andere zu ersetzen. Diese letztere Verpflich-

3) RG. in JW. 1911 S. 762 Nr. 21.

tung sei freiwillig für sich allein betrachtet eine obligatorische. Die Ersatzwaren seien aber durch die weitere Vereinbarung, daß mit ihrer Einbringung in die für den Kläger bestimmten Räume die Waren Eigentum des Klägers seien, H. sie ebenfalls nur als Verwahrer besitzen solle, derselben dinglichen Einigung unterworfen, die für das vorhandene Warenlager getroffen sei. Auch hinsichtlich der Ersatzwaren habe schon auf Grund des Vertrages vom 1. April 1909 mit ihrer Einbringung in die bestimmten Räume eine Ersatzübergabe stattgefunden, die das Eigentum auf den Kläger übertragen habe. H. habe es nicht nötig gehabt, bei der Einbringung der Waren in der Weise mit sich selbst zu kontrahieren (§ 181 BGB.), daß er Eigentum an ihnen übertrug und als Vertreter des Klägers die Eigentumsübertragung annahm. Denn die Vereinbarung, daß dies mit der Einbringung der Sachen geschehe, wäre schon getroffen. Zur Begründung des Eigentumsanspruches wäre daher nur der Nachweis erforderlich, daß H. der Vereinbarung gemäß gehandelt habe. Dieser Nachweis sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erbracht. Danach habe sich H. bei Empfang der Waren gesagt, daß er sie, um das klägerische Lager aufzufüllen, in die betreffenden Räume hineintragen müsse, er sei sich auch stets bewußt gewesen, daß die abgesonderten Waren dem Kläger gehörten. Dadurch, daß dann die Waren in die bestimmten Räume auch tatsächlich hineingeschafft worden seien, sei der Wille des H., der Vereinbarung gemäß zu handeln, auch erkennbar geworden. Der Klageantrag sei daher begründet.

Am 6. Februar 1912 hatte das Reichsgericht folgenden Fall zu entscheiden:[4] Der klagende Fiskus hatte am 27. Mai 1908 dem Domänenpächter K. ein Dominium verpachtet. In dem Pachtvertrage war bestimmt, daß das zur Zeit des Vertragsschlusses dem Pächter gehörende und von ihm einzubringende Inventar dadurch auf den Kläger übergehen sollte, daß der Pächter für diesen den Pachtbesitz daran ausübte. Durch 16 Teilzahlungen, die auf den 17 Jahre laufenden Pachtvertrag verteilt waren, sollte dann der Pächter das Inventar zurückerwerben; bis zur vollen Bezahlung sollte aber der Kläger Eigentümer bleiben. Alljährlich hatte der Pächter einen Nachweis der Inventarstücke einzureichen. Ende des Jahres 1909 ließ der Beklagte bei K. Inventarstücke pfänden. Der Kläger widersprach der Pfändung auf Grund von § 771 ZPO., indem er behauptete, Eigentümer der Pfandsachen zu sein. Er konnte aber nicht beweisen, daß die gepfändeten Inventarstücke nicht zu den Neuanschaffungen ge-

4) RG. in DJZ. 1912 S. 811.

hörten. Das Landgericht hat nach dem Klageantrag entschieden, das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und das Reichsgericht hat wiederaufgehoben und zurückverwiesen mit folgenden Gründen: Wenn das Berufungsgericht annehme, daß sich der Vertrag nur auf das zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Inventar beziehe, so widerspreche das der Regel des § 133 BGB. Wenn in einem sich auf den Zeitraum von 17 Jahren erstreckenden Vertrage das Inventar erst durch die letzte im letzten Jahre fällige Ratenzahlung erworben werden sollte, der Pächter zudem noch regelmäßig den Bestand des Inventars nachzuweisen habe, so könne diese Regelung kaum anders als dahin gedeutet werden, daß man das Inventar als einen in seinen Einzelstücken wechselnden Sachinbegriff aufgefaßt habe. Man habe vereinbaren wollen, daß für den weiteren zur Abtragung des Kaufpreises bestimmten Zeitraum das Eigentum am jeweilig vorhandenen Inventarbestande dem Verpächter zugewiesen werde und daß der Pächter erst im fernen Zeitpunkt nach Zahlung des ganzen Kaufpreises und an dem dann vorhandenen Inventarbestande Eigentum erwerbe. Man müsse aber dann das vertraglich vereinbarte Besitzkonstitut auch auf die Neuanschaffungen beziehen. Dieses könne auch im voraus in der Weise rechtswirksam vereinbart werden, daß der Erwerber an den erst anzuschaffenden Sachen den Besitz auf Grund eines im § 868 BGB. erwähnten Rechtsverhältnisses ausüben und damit das Eigentum an den neuerworbenen Gegenständen auf den Vertragsgegner übertragen solle. Das Eigentum gehe dann über, sobald der Erwerber der Vereinbarung gemäß gehandelt habe, hier also, sobald der Pächter die angeschafften Stücke dem Inventar zugefügt habe. Es sei dabei unerheblich, ob der Pächter bei Erwerb der Anschaffungen den Willen gehabt habe, für den Fiskus Eigentum zu erwerben, und ob dieser Wille äußerlich für Dritte erkennbar in die Erscheinung getreten sei. Bei dem als Ersatzmittel körperlicher Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut könne nicht gefordert werden, daß die Eigentumsübertragung in für Dritte erkennbarer Weise erfolge; es genüge vielmehr, daß der Uebertragungswille vom Vertragsgegner erkannt werden könne. Das sei aber mit der Einverleibung in das Inventar geschehen.

Am 1. Mai 1917 spricht sich das Reichsgericht[5] folgendermaßen für das antizipierte Besitzkonstitut aus. In Ansehung der Neuanschaffungen liege schon im voraus eine rechtswirksam, auf Eigentumsübertragung gerichtete dingliche Einigung vor, vermöge

5) RG. im Recht 1917 Nr. 1423.

deren sich der Eigentumsübergang vollziehe, sobald der Veräußerer die angeschafften Sachen der Vereinbarung gemäß dem Warenlager zuführe. Einer Mitteilung des Erwerbers bedürfe es zur Eigentumsübertragung nicht mehr und deshalb sei auch eine Benachrichtigung von der Einbringung der Sachen nicht erforderlich. Allerdings könne ein Eigentumsübergang dann nicht eintreten, wenn der Veräußerer bei der Einverleibung der Ersatzwaren in das Warenlager nicht mehr die Absicht gehabt habe, daß sie Eigentum des Erwerbers werden.

Das antizipierte Konstitut in Verbindung mit der indirekten Stellvertretung behandelt das Reichsgericht in seiner Entscheidung[6] vom 2. November 1920. Dieser liegt folgender Tatbestand zugrunde: Die Beklagte hat im Februar 1918 von der damals bereits getrennt lebenden Ehefrau des Klägers die in der Klageschrift näher bezeichneten Möbel zum Preise von 6 500 ℳ gekauft und sie inzwischen weiter veräußert. Der Kläger behauptet, Eigentümer der bei der Trennung der Eheleute der Ehefrau überlassenen Möbel gewesen zu sein. Er macht ferner geltend, daß die Beklagte beim Erwerbe der Möbel nicht in gutem Glauben gewesen sei. Die Beklagte bestreitet beides. Der Kläger verlangt Schadensersatz in Höhe von 12 000 ℳ.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, das Kammergericht erklärte den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben.

Nach Ansicht des Berufungsrichters sei der Kläger zur Zeit des Verkaufs der Möbel an die Beklagte Eigentümer gewesen und er sei auch heute noch Eigentümer, weil die Beklagte beim Erwerbe der Möbel nicht in gutem Glauben gewesen sei. Die Begründung des Berufungsurteils sei aber hinsichtlich der Annahme des Eigentumserwerbes des Klägers nicht frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht habe festgestellt, daß der Kläger mit seiner Braut (der späteren Ehefrau) die Möbel in einer Möbelfabrik ausgesucht und bestellt habe. Dabei habe der Verkäufer den Kläger als Käufer angesehen und auch behandelt, indem er ihn als solchen in seinen Büchern führte und auch die Quittungen über die erfolgten Abzahlungen auf seinen Namen ausstellte. Ferner habe der Verkäufer noch vor der Verheiratung die Möbel an den Kläger geliefert. Das Berufungsgericht habe daraus gefolgert, daß der Verkäufer auch den dinglichen Uebereignungsvertrag mit dem Kläger geschlossen und ihm die Möbel durch Einigung und Uebergabe übereignet habe. Gleichgültig sei es, aus wessen Mitteln gezahlt worden

6) RGZ. Bd. 100 S. 190 ff.

wäre. Nur darauf könne es ankommen, ob der Kläger die Möbel habe für sich erwerben wollen und ob ihn der Verkäufer für den Vertragsgegner gehalten habe. Das sei aber bei der Sachlage anzunehmen.

Diese Ausführungen des Berufungsrichters ließen die Feststellungen erkennen, daß der Kläger beim Erwerbe der Möbel nicht als Stellvertreter seiner Ehefrau aufgetreten sei. Daraus aber, daß deshalb das Grundgeschäft, der Kauf, nur zwischen dem Verkäufer und dem Kläger schuldrechtliche Wirkungen erzeugt habe, folgere der Vorderrichter, daß das Eigentum nach beiderseitigem Willen auch auf den Kläger übergegangen sein müsse. Der Frage nach dem Innenverhältnis zwischen dem Kläger und seiner Braut inbezug auf den Erwerb der Möbel, ob nämlich der Kläger als verdeckter Stellvertreter seiner Braut zufolge eines ihm, sei es auch nur stillschweigend erteilten Auftrages aufgetreten sei, weise das Berufungsgericht offenbar keinerlei Bedeutung zu. Darin äußere sich eine Verkennung der Rechtsgrundsätze über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, insbesondere durch einen verdeckten Stellvertreter. Zur Prüfung des Innenverhältnisses und der Frage, ob diesem zufolge der Kläger nicht in eigenem Namen, sondern, wenn auch nicht offensichtlich, doch in Wahrheit für seine Braut gehandelt habe, hätten aber den Berufungsrichter eine Reihe von Umständen und Behauptungen der Beklagten zwingen müssen, die in dieser Richtung von Erheblichkeit seien und deren Nichtbeachtung die Revision daher mit Recht als Prozeßverstoß rüge (§ 286 ZPO.) Es kämen in Betracht zunächst die allgemeine Erfahrungstatsache, daß die Ausstattung der zukünftigen ehelichen Wohnung regelmäßig von der Braut oder deren Eltern für sie beschafft würden, ferner die auch vom Berufungsgericht festgestellte Tatsache, daß die Braut beim Aussuchen und Bestellen der Möbel mitanwesend gewesen sei, daß der Kläger bei der späteren Trennung der Eheleute die Möbel ganz seiner Frau überlassen habe, sodann die Behauptungen der Beklagten, daß die Möbel, zumindest die zuerst gekauften, ganz aus Mitteln der Frau und ihrer Mutter gekauft worden seien, daß von der Braut persönlich auf den Kaufpreis der erst angeschafften Möbel von 1775 *M* sofort 1300 *M* aus eigenen Mitteln angezahlt, ihr auch darüber eine auf ihren Namen lautende Quittung vom Verkäufer ausgestellt worden sei. Auffallenderweise könne der Kläger gerade diese erste Anzahlungsquittung nicht vorlegen. Wenn auch alle diese Umstände und Behauptungen, falls letztere richtig seien, noch nicht ausreichen, um aus ihnen offenkundige Stellvertretung des Klägers

zu folgern, so sei es doch keineswegs ausgeschlossen, daß sie bei nochmaliger Prüfung des Berufungsgerichts die Ueberzeugung erhärten, daß der Kläger als verdeckter Stellvertreter seiner Braut aufgetreten sei.

Wenn aber eine Stellvertretung kraft Auftrags im Innenverhältnis bestanden habe, dann habe das Kammergericht für die Frage, ob der Kläger oder seine Braut das Eigentum an den Möbeln erlangt habe, dem Grundgeschäft eine zu weit gehende Bedeutung zugemessen. Daß der Verkäufer den Kläger als seinen Vertragsgegner angesehen und als persönlichen Schuldner behandelt habe, dementsprechend auch auf den Namen des Klägers gebucht und die Quittungen über die erfolgten Abzahlungen auf seinen Namen ausgestellt habe — bei der Anzahlung solle letzteres nach der bereits erwähnten Behauptung der Beklagten nicht einmal geschehen sein —, das alles sei aus dem persönlichen Schuldverhältnis gefolgt, das mangels Offenkundigkeit der Stellvertretung zwischen dem Verkäufer und dem Kläger zustandegekommen sei (164 Abs. 2 BGB.), sei aber für die Frage, ob der Kläger oder seine Braut Eigentümer geworden sei, ohne Bedeutung. Die Entscheidung dieser Frage könne bei verdeckter Stellvertretung regelmäßig auch nicht auf den Uebereignungswillen des Verkäufers abgestellt werden, da es diesem in den weitaus meisten Fällen, insonderheit, wenn es sich um Kaufgeschäfte des täglichen Lebens handele, gleichgültig sei, für wen der Empfänger der Sache diese erwerbe. Der Wille des Veräußerers komme dann in Betracht, wenn für ihn ein besonderes Interesse bestehe, daß gerade sein Vertragsgegner und niemand anderes Eigentümer werde. Abgesehen von diesem Ausnahmefalle, der bisher vom Berufungsgericht nicht festgestellt sei, entscheide für die Frage des Eigentumserwerbes das Innenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen und der Wille dieser beiden. Wenn zwischen ihnen von vornherein ein Verhältnis der im § 868 BGB. bezeichneten Art vereinbart sei, und hierzu sei auch ein Auftragsverhältnis zu rechnen, habe ferner der Stellvertreter im Augenblicke der dinglichen Einigung und der Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Willen des Auftragsgebers übereinstimmenden Willen, daß das Eigentum auf seinen Auftraggeber übergehe, so werde dieser vermittels Besitzkonstituts Eigentümer, der Stellvertreter werde unmittelbar Fremdbesitzer, der Auftraggeber mittelbarer Eigenbesitzer.

---

7) Vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts im „Recht“ 1907 Nr. 3813, 1908 Nr. 3801, 1909 Nr. 70, 73 und 2000, 1910 Nr. 3927 und 4091, 1911 Nr. 3475, 1912

In zahlreichen Entscheidungen[7] hat auch sonst noch das Reichsgericht die Zulässigkeit des antizipierten Konstituts bejaht. In all' diesen Urteilen hat es aber kein Wort der Rechtfertigung seiner Ansicht gefunden. Es kann daher dem Reichsgericht der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß es mit den das antizipierte Konstitut anerkennenden Sätzen nur Behauptungen aufgestellt hat, die noch des Beweises bedürfen.

b) Die Möglichkeit des antizipierten Konstituts nimmt auch v. Tuhr[8] an. Er führt zunächst aus, daß das antizipierte Besitzkonstitut nicht gegen den Wortlaut des § 930 BGB. verstoße. Dieser gebe nur zu der Deutung Anlaß, daß der Eigentumserwerb durch antizipiertes Konstitut erst in dem Augenblick wirksam werde, in dem der Konstituent selbst Besitz und Eigentum erwerbe.

Die Unentbehrlichkeit des antizipierten Konstituts sei aber notwendig aus folgendem Falle zu folgern: X. verkauft eine Sache, die sich noch im Besitze des Y. befindet, gegen den er einen obligatorischen Anspruch auf Eigentumsverschaffung hat, an A. mit der Vereinbarung, daß er die Sache noch ein Jahr als Mieter des A. besitzen wolle. Darauf überträgt Y. Besitz und Eigentum auf X. v. Tuhr glaubt, daß nunmehr alle Erfordernisse des § 930 BGB. gegeben seien, und A. mittelbaren Besitz und Eigentum erworben habe. Nach Ansicht der Gegner sei das constitutum possessorium weil es vorzeitig geschlossen, unwirksam. Dann würde X. und nicht A. Eigentümer geworden sein. X. sei aber aus dem Kaufvertrage dem A. verpflichtet, diesem das Eigentum zu übertragen. Wie solle dies nun geschehen? Wenn A. Uebergabe nach § 929 BGB. verlangen würde, so könne ihm X. entgegenhalten, daß er als Mieter befugt sei, die Sache noch ein Jahr lang zu behalten. Man könne nun nicht annehmen, daß A., weil er die Sache vermietet habe, solange auf seinen Eigentumserwerb warten und auf die Klage aus dem Kaufvertrage angewiesen sein solle. A. könne sofortige Eigentumsübertragung verlangen, die, da die Wege der §§ 929, 931

Nr. 1183 und 2547, 1913 Nr. 954, 1916 Nr. 464, 1917 Nr. 216, 1920 Nr. 2858; in „J W.“ 1907 S. 747 Nr. 18, 1912 S. 144 Nr. 21 und S. 797 Nr. 15, 1913 S. 432 Nr. 10, 1917 S. 217 Nr. 6; in „D J Z.“ 1912 S. 225; in „L Z.“ 1911 S. 705 Nr. 3, 1915 S. 51 Nr. 12, 1916 S. 383 Nr. 13, 1917 S. 469, 1919 S. 697; in „G r u ch.“ Bd. 47 S. 987, Bd. 53 S. 1045; in „S e u f f. A.“ Bd. 67 Nr. 259, Bd. 73 Nr. 161, Bd. 80 Nr. 134; in „W a r n. R s p r.“ 1908 Nr. 61 und 62, 1910 Nr. 448, 1912 Nr. 213 und 214, 1913 Nr. 200, 1920 Nr. 163. Siehe RGRKomm. Bem. 2 zu § 930. — Vgl. ferner die Entscheidungen der Oberlandesgerichte: OLG. Bd. 18 S. 133 (Rostock), Bd. 20 S. 66 (Kiel), Bd. 31 S. 324 (Hamburg): im „R e ch t“ 1907 Nr. 3818 (Hamburg), 1909 Nr. 74 (Hamburg), 1911 Nr. 67 (Rostock); in „S e u f f. A.“ Bd. 67 Nr. 260 (Braunschweig); in „L Z.“ 1914 S. 1918. Siehe auch in Bad. Rechtspraxis 1919 S. 63 (LG. Karlsruhe). — Gegen das antizipierte Konstitut nur OLG. Bd. 20 S. 64 (Breslau).

8) v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung in Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 47 ff., derselbe, Allg. Teil, § 60 Anm. 16.

BGB. verschlossen seien, nur nach § 930 BGB. erfolgen könne. Danach sei aber die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses erforderlich, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Ein solches Rechtsverhältnis bestehe bereits zwischen den Parteien in Gestalt der Miete. Es könne nicht verlangt werden, daß die Miete nochmals abgeschlossen werde.

Die Rechtfertigung seiner Ansicht findet v. Tuhr in § 185 Abs. 2 BGB. Er sieht den Konstituenten als einen über eine fremde Sache verfügenden Nichtberechtigten an, dessen Verfügung mit dem Erwerbe der Sache wirksam wird.

c) Die Rechtswirksamkeit des antizipierten Konstituts wird ferner von Müller[9] vertreten. Er befaßt sich insonderheit mit dem antizipierten Konstitut über zukünftige Sachen. Dabei sieht er den Grund für die Wirksamkeit des antizipierten Besitzkonstituts nicht wie v. Tuhr in § 185 Abs. 2 BGB. Die Anwendung der angezogenen Vorschrift hält er deswegen für ausgeschlossen, weil beim antizipierten Konstitut beide Parteien die Unmöglichkeit der Wirksamkeit kennen, § 185 Abs. 2 BGB. aber nur dann in Frage komme, wenn die Beteiligten glauben, daß sich die zu übertragende Sache bereits in der Hand des Veräußerers befinde, und deshalb mit der sofortigen Wirksamkeit der Verfügung rechnen. Dies ergebe sich aus der gegensätzlichen Ausdruckweise in Abs. 1 und Abs. 2 des § 185 BGB. (ist — wird wirksam).

Auch als Bedingung könne man die Bestimmung, daß die Wirksamkeit der Verfügung mit dem Erwerbe der Sache durch den Verfügenden eintreten solle, nicht ansehen; denn die Bedingung beschränke die Wirkung des Rechtsgeschäfts, indem sie diese zeitlich hinausschiebe und von einem ungewissen Ereignis abhängig mache; beim antizipierten Konstitut sei aber die Wirkung auch sonst keine andere. Wohl aber sei die Bestimmung einer Bedingung höchst ähnlich und das antizipierte Konstitut nach Analogie einer solchen zu beurteilen.

d) Ohne oder mit ähnlicher Begründung wie v. Tuhr und Müller vertreten auch Planck-Flad[10], Staudinger-Kober[11], Staub[12], Enneccerus[13], Crome[14], Endemann[15], Oert-

9) Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, in Gruch. Bd. 54 S. 242 ff.
10) Planck-Flad zu § 164 Bem. 5 c.
11) Staudinger-Kober zu § 930 Bem. 1 b δ
12) Staub, Komm. z. HGB. zu § 366 Bem. 2 a.
13) Enneccerus, Allg. Teil, § 167 Anm. 5.
14) Crome, System, Bd. III S. 203 Note 15.
15) Endemann, Lehrbuch, Bd. II, 1 S. 523.

mann[16], Biermann[17], Stintzing[18], Rohde[19], Warneyer[20], Neumann[21], und Soergel[22] das antizipierte Besitzkonstitut.

§ 4.

Zweiter Abschnitt:

Rechtliche Begründung des antizipierten Konstituts

Die Veräußerung einer Sache durch antizipiertes Konstitut ist eine Verfügung; denn durch das Konstitut werden die Eigentumsverhältnisse verändert, allerdings nicht im Augenblicke des Geschäftsabschlusses, sondern erst, wenn der Veräußerer den Besitz der Sache erlangt. Es handelt sich also um eine Vorausverfügung. Die Frage nach der rechtlichen Begründung des antizipierten Konstituts kann deshalb nur dahin gehen, ob eine Verfügung derart getroffen werden kann, daß sie beim Erwerb des Gegenstandes durch den Veräußerer wirksam wird.

Grundsätzlich ist nun begriffliche Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Verfügung, daß der von der Verfügung betroffene Gegenstand dem Verfügenden zusteht. Die Verfügung über einen Gegenstand, der dem Verfügenden nicht zusteht, ist deshalb zunächst wirkungslos. Für die Rechtsgültigkeit des antizipierten Konstituts von großer Bedeutung ist es aber, ob diese Wirkungslosigkeit eine endgültige ist, oder bei nachträglichem Eintritt der Rechtszuständigkeit (hier Besitz des Veräußerers) die Verfügung wirksam wird.

Die Zulässigkeit einer Vorausverfügung müßte man sofort verneinen, wenn man das Vorliegen aller Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verfügung beim Geschäftsabschlusse verlangen wollte. Derartig strenge Erfordernisse stellte aber nur das ältere römische Recht auf, das von dem sog. Prinzip der Simultanität[1] beherrscht war. Danach wirkte ein Rechtsgeschäft nur im Augenblick seines Abschlusses; deshalb mußten schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses alle Voraussetzungen seiner Wirksamkeit vorhanden sein. Schon das klassische römische Recht wandte sich von diesem Prinzip ab, als es die Verpfändung zukünftiger oder erst zu erwerbender

16) Oertmann, Allg. Teil zu § 164 Bem. 1 e b.
17) Biermann, Sachenrecht, zu § 930 Bem. 1 b.
18) Stinzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen, S. 189 Note 70.
19) Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschnitt XIX S. 33.
20) Warneyer zu § 164 Bem. XI, zu § 930 Bem. III.
21) Neumann, Handausgabe, Bd. I zu § 930 Bem. 3.
22) Soergel, Bd. II zu § 930 Bem. 1.

1) Vgl. Ihering, Geist des röm. Rechts, Bd. 3, 1 S. 159 f.; ferner Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 229 ff., 240 ff.

Sachen anerkannte.[2] Erst recht kann aber ein solcher Grundsatz nicht für das Bürgerliche Gesetzbuch erfordert werden. Heute ist es zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ausreichend, wenn beim Geschäftsabschluß die Erfordernisse des Geschäftsabschlusses (z. B. Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien) vorhanden sind. Die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen brauchen, wenn die Wirkung eines Geschäfts hinausgeschoben ist, erst im Augenblick des Wirksamwerdens vorzuliegen.[3]

Beim antizipierten Konstitut können nun die Gegenstände, die von der Vorausverfügung betroffen werden und dem Verfügenden nicht zustehen, einmal Eigentum eines Dritten sein, oder es kann sich um zukünftige Sachen handeln. Letzteres wird sehr häufig beim wichtigsten Anwendungsfalle des antizipierten Konstituts, der für längere Zeit bestehenden Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestande, zutreffen.

Was den Fall betrifft, daß die durch antizipiertes Konstitut zu übertragende Sache sich im Besitz und Eigentum eines Dritten befindet, so ergibt sich die Zulässigkeit einer derartigen Verfügung ohne weiteres aus § 185 Abs. 2 BGB.[4] Danach wird eine Verfügung über eine fremde Sache wirksam, wenn der Verfügende die Sache erwirbt. Gegen die Richtigkeit dieser Lösung spricht nicht, wie Müller[5] annimmt, die Gegensätzlichkeit des Ausdrucks in Abs. 1 und Abs. 2 des § 185 BGB. (ist — wird wirksam). Nach ihm soll die angezogene Stelle nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Beteiligten glauben, daß sich die zu übertragende Sache bereits in der Hand des Veräußerers befinde. Dem kann man sich aber schwerlich anschließen. Der Wortlaut des § 185 Abs. 2 BGB. („wird") will hier nämlich nur besagen, daß bei Erwerb der Sache die Verfügung nicht ex tunc wirksam wird, sondern daß die Wirkung der Verfügung, die Wirkung des antizipierten Konstituts erst im Augenblick des Besitzerwerbes durch den Veräußerer eintritt.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Begründung des antizipierten Konstituts über zukünftige Sachen. Auch hier kann die Fragestellung nur folgende sein: Kann eine Verfügung über eine noch herzustellende Sache derart getroffen werden, daß sie bei Entstehung der Sache wirksam wird? Nicht aber: Kann eine zukünftige Sache noch vor ihrer Entstehung von der Wirkung der über sie ge-

2) Vgl. Dernburg, Pfandrecht, Leipzig 1864, Bd. I S. 244 ff.
3) Ebenso Enneccerus, Bd. I, 2 § 302 Anm. 14.
4) Ebenso v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, in Jherings Jahrbüchern Bd. 47 S. 49; derselbe, Allg. Teil, Bd. II, 1 § 60 IV 2 a; Staudinger-Riezler zu § 185 Bem. 5 a.
5) Müller, a.a.O., S. 234.

troffenen Verfügung ergriffen werden? Denn dies wird man allerdings zugeben müssen, daß über eine noch nicht vorhandene Sache nicht mit sofortiger Wirkung verfügt werden kann. Es muß deshalb auch gleichgültig sein, auf welche Art und Weise die Sache später zur Entstehung gelangt. Dies dürfte bei Sachen immer auf eine Tatfrage hinauslaufen. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch daraus, daß das geltende Recht ein teilweises Bestehen von Sachen nicht zum Gegenstand seiner Normierung gemacht hat.[6]

Die Frage ist aber nicht unbestritten. Man hat sie als eine Rechtsfrage angesehen und die Zulässigkeit einer Verfügung über künftige Sachen nur dann bejaht, wenn zu den Sachen bereits „der Grund gelegt ist“. So hat v. Ohmeyer[7] je nach dem Grade der Grundlegung die Möglichkeit der Verfügung über zukünftige Gegenstände bejaht oder verneint. Die Verfügung ist nach ihm dann als zulässig zu betrachten, wenn der Gegenstand gewissermaßen schon in die Gegenwart hineinragt. Dies ist nach v. Ohmeyer beispielsweise dann gegeben, wenn man über die Früchte der Muttersache verfügt. Die Auffassung, daß über einem bereits in der Gegenwart befindlichen Gegenstand verfügt wird, ist aber nur insofern richtig, als der an dem Ursprungsgegenstande Berechtigte über die zukünftigen Früchte verfügt. Davon kann aber schon nicht mehr die Rede sein, wenn ein Dritter, der auf die zukünftigen Früchte einen Anspruch hat, seinerseits über sie eine Verfügung trifft. Schon dieses Beispiel zeigt, daß die Beschränkung der Verfügung über künftige Gegenstände auf bereits in der Gegenwart begründete nicht weiterbringen kann. Man wird deshalb die Zulässigkeit einer Vorausverfügung über künftige Gegenstände nicht von dem Grade ihrer Verbundenheit mit der Gegenwart abhängig zu machen brauchen, dies um so weniger, als das geltende Recht zu solcher Kasuistik nicht zwingt.[8]

Die Rechtswirksamkeit der Vorausverfügung über künftige Gegenstände im allgemeinen ist bisher wenig bearbeitet worden.[9] Zahlreicher sind die Aeußerungen der Rechtslehre[10] und Rechtsprechung[11] über die Abtretung künftiger Forderungen. Die hierüber

6) Ebenso Müller, a.a.O., S. 227.

7) v. Ohmeyer, Verfügungen über künftige Rechte, 1909.

8) Vgl. auch Müller, a.a.O., S. 231.

9) Dafür: Müller, a.a.O., S. 227 ff., v. Tuhr, DJZ. 1904 S. 426 ff.; derselbe Allg. Teil, Bd. II, 1 § 60 V; v. Ohmeyer, a.a.O. Dagegen: Eccius, DJZ. 1904 S. 54 f., Gruch. Bd. 48 S. 465 ff., Bd. 53 S. 1 ff.

10) Dafür: Enneccerus, Bd. I, 2 § 302 Anm. 14; v. Tuhr, Allg. Teil, Bd. II, 1 § 60 V und DJZ. 1904 S. 426 ff.; Staudinger zu § 398 Bem. 1 a; Müller, a.a.O., S. 227 ff.; Heuer, DJZ. 1903 S. 28; Abrahamsohn, DJZ. 1903 S. 343; Lippmann, DJZ. 1903 S. 471 ff.; Grünebaum, DJZ. 1905 S. 801. Dagegen Eccius, a.a.O.; Barth, Gruch. Bd. 58 S. 577. Zweifelnd Oertmann, Recht d. Schuldv. zu § 399 1 g γ.

11) Vgl. RGZ. Bd. 55 S. 334, Bd. 67 S. 166, Bd. 75 S. 227, Bd. 82 S. 229, Bd. 92 S. 239.

erfolgten Aeußerungen auf den allgemeinen Grundsatz der Vorausverfügung über künftige Gegenstände in Anwendung zu bringen, dürfte wohl aus dem Grunde, weil beide Fragen in derselben Richtung liegen (hinter jeder künftigen Sache steht auch ein künftiges Recht, z. B. Eigentum), angebracht erscheinen.[12]

Gegen die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Rechte hat sich insbesondere Eccius[13] ausgesprochen. Der Kernpunkt aller seiner Ausführungen ist der Satz, daß das Vorhandensein des Gegenstandes begriffliche Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Verfügung sei. Diese Annahme beruht anscheinend auf der Betrachtungsweise, die die subjektiven Rechte wie Körper ansieht und sich vorstellt, daß der Rechtsübergang ebenso zeitlich mit dem Verfügungsgeschäft zusammenfallen muß, wie der Uebergang eines Körpers aus der Hand des einen in die des anderen nur in unmittelbarer zeitlicher Gebundenheit mit dem Uebertragungsgeschäfte erfolgen kann. Daß dieses Prinzip der Simultanität, das im älteren römischen Recht herrschend war, vom geltenden Recht aufgegeben ist, ergibt sich schon daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Verfügung nicht als bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft behandelt.[14]

Demgegenüber wird von der herrschenden Lehre[15] die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Rechte angenommen. Für diese Ansicht und für die Möglichkeit einer Vorausverfügung über zukünftige Gegenstände (Sachen und Rechte) im allgemeinen lassen sich eine Reihe von Vorschriften des geltenden Reichsrechts anführen, die Vorausverfügungen über künftige Gegenstände geradezu voraussetzen. So bestimmt § 717 S. 2 BGB., daß der Gesellschafter den Anspruch auf den Gewinnanteil abtreten kann; daß die angezogene Stelle mit der Möglichkeit einer Vorausverfügung rechnen muß, ergibt sich schon aus dem Grunde, daß es vollkommen ungewiß ist, ob überhaupt ein Gewinn erzielt wird.[16] Nach § 357 HGB. kann sogar der Anspruch auf den Saldo bereits zu einer Zeit gepfändet werden, in der noch gar keine Kontokurrentgeschäfte abgeschlossen sind.[17] Die Aufstellung der §§ 1614, 1714 BGB. wäre gar nicht nötig gewesen, wenn das Gesetz Vorausverfügungen nicht kennen würde.[17] Nach all' dem wird man daher die Möglichkeit von Vorausverfügungen über zukünftige Gegenstände im allgemeinen anerkennen müssen.

12) So Müller, a.a.O., S. 232.
13) Eccius, DJZ. 1904 S. 54 f., Gruch. Bd. 48 S. 465 ff., Bd. 53 S. 1 ff.
14) Ebenso Müller, a.a.O., S. 232 Anm. 17.
15) Vgl. Anm. 10 und 11 oben.
16) Vgl. Müller, a.a.O., S. 231; Oertmann zu § 399 Bem. 1 g γ.
17) So Müller, a.a.O., S. 231.

Allerdings wird zuzugeben sein, daß bestimmte Arten von Verfügungen über künftige Gegenstände deshalb nicht getroffen werden können, weil das Gesetz in einzelnen Fällen formale Vorschriften aufstellt, die bei Verfügungsabschluß nicht befolgt werden können. So kann beispielsweise nicht nach §§ 929 oder 1205 BGB. über eine zukünftige Sache verfügt werden, weil diese Bestimmungen voraussetzen, daß eine Uebergabe stattfindet. Die Unwirksamkeit der Verfügung in den genannten Fällen folgt aber nicht aus dem Begriff, sondern aus der Art der Verfügung. Das bestätigt auch § 956 BGB., der ausdrücklich eine Vorausverfügung über zukünftige Sachen (Früchte) anerkennt.[18]

Wenn auch somit die Zulässigkeit der Vorausverfügung über zukünftige Gegenstände im Grundsatze feststeht, so bleibt doch noch bei einer im Wege des § 930 BGB. getroffenen Vorausverfügung über zukünftige Sachen (das gilt auch für das antizipierte Konstitut über fremde Sachen) zu erwägen, ob nicht ebenso wie bei einer Verfügung nach § 929 BGB. insofern eine formale Schwierigkeit besteht, als etwa vom Gesetz schon zur Zeit des Verfügungsabschlusses ein Wechsel im Besitzstande verlangt sein könnte, zumal § 930 BGB. von einem „Ersatz der Uebergabe" spricht. Trifft dies zu, so wäre das antizipierte Konstitut von vornherein ausgeschlossen. Deshalb ist es notwendig, etwas näher die Stellung des Besitzes beim Eigentumserwerbe zu betrachten.[19] Auszugehen ist von der Bedeutung der traditio und ihrer Surrogate im römischen Recht. Gleichgültig ist es dabei, ob man die traditio als dinglichen Vertrag oder nur als dessen Verwirklichung ansieht. Man wird jedoch zugestehen müssen, daß sie in gewissem Sinne formaler Natur ist. Das Formale lag in der Uebergabe von Hand zu Hand. In derselben Weise faßte man aber auch die brevi manu traditio und das constitutum spossesorium als eine Verwirklichung jener Form auf, wobei die traditio aus praktischen Gründen „nachgelassen" war.[20] Deshalb war im römischen Recht eine Verfügung über Sachen, die keine der Vertragsparteien im Besitz hatte, ein antizipiertes Konstitut ausgeschlossen.

Obwohl die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs an die Regelung des römischen Rechts anknüpfen, so hat doch die Uebergabe heute eine ganz andere Bedeutung. Das folgt einmal daraus, daß die Uebergabe nicht mehr die Form darstellt, in der die Einigung zutage tritt, sondern daß sie ein selbständiges Erfordernis für

18) Vgl. v. Tuhr, DJZ. 1904 S. 427.
19) Vgl. zur ganzen Frage Müller, a.a.O., S. 233 f.
20) Siehe Windscheid-Kipp, Bd. 1 S. 594 Bem. 22 a.

den Eigentumsübergang ist.[21] Ferner ist zu beachten, daß die Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB.) hinzugekommen ist, also eine Veräußerungsart, bei der sich keiner der Vertragsteile im Besitz der zu veräußernden Sache befindet, ein Besitzwechsel deshalb zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht stattfinden kann. Man wird deshalb annehmen müssen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen Besitzwechsel beim Abschluß des Konstituts nicht verlangt. Eine formale Schwierigkeit wie bei § 929 BGB. besteht also nicht, da eine traditio der Form nach wie im römischen Recht heute beim constitutum possessorium nicht vorgeschrieben ist.

Ein weiteres Argument (a fortiori) für die Wirksamkeit des antizipierten Konstituts über zukünftige Sachen läßt sich aus § 185 Abs. 2 BGB. herleiten. Wenn schon eine Verfügung über fremde Sachen wirksam wird, sobald der Verfügende die Sachen erwirbt, warum sollte dies nicht auch bei zukünftigen Sachen der Fall sein? In beiden Fällen findet der Konstituent die Sache nicht vor; für die Idee der antizipierten Verfügung muß es aber gleichgültig sein, ob die Sache überhaupt noch nicht geschaffen ist oder sich nur außerhalb der Verfügungsmacht des Konstituenten befindet.[22]

Die im Wege der juristischen Konstruktion und der Analogie für das antizipierte Konstitut gefundene Begründung hält auch einer offenen Interessenabwägung stand.

Zunächst sind die sich berührenden Interessen des Konstitutars und des Konstituenten zu betrachten. Hat der Konstitutar bereits bei Abschluß des antizipierten Konstituts die von dem Konstituenten anzuschaffenden Sachen bezahlt, so entspricht es durchaus der Rechtsanschauung und dem Rechtsbedürfnis, daß der Konstitutar das Eigentum bei Besitzerlangung durch den Konstituenten erwirbt. Irgend welche Interessen des Konstituenten können dem nicht entgegenstehen. Andererseits werden auch dann, wenn der Konstitutar die durch antizipiertes Konstitut erlangten Sachen überhaupt nicht bezahlt, die Interessen des Konstituenten dadurch nicht in erheblicher Weise gefährdet, daß der Konstitutar vom Augenblick des Besitzerwerbes durch den Konstituenten an Eigentümer geworden ist; denn wenn der Konstitutar auch nach Ablauf des den mittelbaren Besitz verschaffenden Rechtsverhältnisses (im Sinne des § 868 BGB.)

21) So Prot. III S. 196; Staudinger-Kober zu § 929 Bem. I 2; Planck-Brodmann zu § 929 Anm. 4; Müller, a.a.O., S. 239.

22) Ebenso v. Tuhr, DJZ. 1904 S. 427; ;vgl. auch Enneccerus, Bd. I, 2 § 302 II Anm. 14.

von den Konstituenten die Herausgabe der Sachen gemäß 985 BGB. verlangt, so kann dieser die Leistung gemäß § 273 BGB. verweigern[23] und erklären, daß er solange zum Besitz berechtigt sei, bis der Konstitutar seiner Zahlungspflicht nachkommt (§§ 986 Abs. 1 Satz 1, 273 BGB.)[24]

Vielfach, insbesondere im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung von Warenlagern wechselnden Bestandes, ist behauptet worden, daß durch das antizipierte Konstitut die Interessen der Gläubiger des Konstituenten gefährdet werden. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb gerade beim antizipierten Konstitut den Gläubigern ein weiterer Schutz gewährt werden soll, als ihnen bei anderen Rechtsgeschäften des Schuldners die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes bieten. Dafür besteht um so weniger ein Rechtsbedürfnis, als gerade mit dem dem Schuldner aus der Sicherungsübereignung und dem antizipierten Konstitut vonseiten des Konstitutars zufließenden Kredit in sehr vielen Fällen wirtschaftliche Vorteile für die Gläubiger des Konstituenten verbunden sind. Dem kann nicht etwa entgegengehalten werden, daß die Mehrzahl der Sicherungsübereignungen zum Zusammenbruch des Schuldners führe, weil es sich statistisch gar nicht wird feststellen lassen, wieviele Sicherungsübereignungen zum Zusammenbruch des Schuldners führen, und in wie vielen Fällen die Sicherungsübereignung zum Vorteil der Gesamtwirtschaft, zum eigenen Vorteil des Schuldners und zum Vorteil der Gläubiger segensreich gewirkt hat.[25]

Danach ist daran festzuhalten, daß das antizipierte Konstitut über fremde Sachen gemäß § 185 Abs. 2 BGB. („Die Verfügung wird wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt") und über zukünftige Sachen analog (a fortiori) der angezogenen Bestimmung wirksam ist.

23) Die Anwendung des § 273 BGB. ist nicht auf Schuldverhältnisse beschränkt; das Zurückbehaltungsrecht kann beispielsweise auch gegenüber dem aus dem Eigentum hergeleiteten Herausgabeanspruche geltend gemacht werden. So RG. in Warn. Rspr. 1919 Nr. 27; ferner RGRKomm. zu § 273 Bem. 1.

24) Vgl. RGRKomm. zu § 986 Bem. 1.

25) Vgl. Meyerstein in JW. 1926 S. 530.

Lebenslauf.

Am 22. Januar 1905 wurde ich zu Breslau als Sohn des Drogeriebesitzers Bruno Sahm und seiner Ehefrau Paula, geb. Mika, geboren. Ich besuchte das St. Matthias-Gymnasium in Breslau, wo ich Frühjahr 1924 die Reifeprüfung bestand. Darauf bezog ich nacheinander die Universitäten Breslau, Greifswald, Berlin und Breslau. Nach beendetem Studium bestand ich am Oberlandesgericht Breslau am 7. und 8. März 1928 die erste juristische Prüfung. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht in Breslau.

Breslau, den 22. Juli 1928.

Johannes Sahm.